

RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL: COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 6 Y 7 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

JUAN ANTONIO LASCURAÍN

SUMARIO:

I. Introducción. II. El principio de irretroactividad penal desfavorable. III. El principio de retroactividad penal favorable. IV. ¿Leyes de prescripción y leyes que imponen medidas de seguridad como leyes penales? Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los artículos 6 y 7 del Código Penal peruano regulan la aplicación de las normas penales en relación con el factor tiempo.

- A) El primero de ellos proclama como primera regla la aplicación de la ley penal vigente en el momento de comisión del hecho punible, que según el artículo 9 es el momento de la acción u omisión típica, y no por tanto el del resultado. Si concurrieran varias leyes vigentes a calificar el comportamiento se establece como regla de solución de la concurrencia normativa la favorabilidad para el reo. No se expresa en el primer inciso del apartado primero del artículo 6, pero se infiere del mismo, que las leyes penales no son retroactivas ni ultraactivas: que no se aplican a hechos anteriores a su vigencia y que no se aplican a hechos posteriores a su pérdida de vigencia.
- B) El segundo apartado del artículo 6 y el artículo 7 regulan una excepción a la regla de la aplicación de la norma vigente en el momento de la conducta, constituida por la aplicación de una posterior si es más favorable, que entonces se aplica retroactivamente.

2. La lectura de esta regulación depara una adecuada recepción de dos postulados básicos de un Derecho Penal democrático: el de la irretroactividad de las leyes sancionadoras desfavorables, por elementales razones de seguridad jurídica (principio de legalidad), y el de la retroactividad de las leyes sancionadoras favorables, por elementales razones de justicia (principio de proporcionalidad). Junto a esta positividad esencial de la regulación suscitan algunos interrogantes, como se verá, el criterio único de la favorabilidad para el concurso de normas simultáneamente aplicables; la distribución del contenido de los artículos, por la división en dos del postulado de retroactividad favorable; la enigmática rotulación del artículo 6, con un “principio de combinación” que luego no se regula; y la contemplación de la retroactividad favorable solo para los supuestos de nueva ley posterior a la sentencia condenatoria y no también para los posteriores al hecho enjuiciado pero anteriores a la sentencia.

II. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL DESFAVORABLE

3. El postulado de la irretroactividad penal desfavorable es ante todo consecuente al valor de la seguridad jurídica (A), pero también presupuesto del ejercicio de la libertad (B) y de la propia funcionalidad del mecanismo preventivo penal (C), y exigencia del principio de culpabilidad (D).

A) La seguridad jurídica como valor ha ido concretando un núcleo esencial, comprensivo de un postulado más restringido que el de la proscripción de la falta de cognoscibilidad de las normas. Al hilo de una segunda acepción habitual de lo seguro como lo libre de “peligro, daño o riesgo”, cabe diferenciar dentro de la seguridad un contenido insoslayable, no sometible a otros valores o intereses, que es el constituido por la previsibilidad para los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos que sean relevantemente negativas para ellos. Así, la Constitución peruana proclama que “(l)a ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo” (art. 103), y establece como derecho que “(n)adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (art. 2.24.d). Para este segundo círculo concéntrico, para el contenido inviolable de la seguridad, lo determinante será que no se pueda aplicar a nadie una ley que sea previa a su conducta y que sea relevantemente desfavorable para sus intereses.

Esa relevancia de la afflictividad de sus consecuencias está fuera de toda duda en las leyes penales, que son las leyes que prevén las sanciones más graves. De ahí

que la seguridad jurídica como valor, y el principio de legalidad penal como principio que sirve de cauce principal de dicho valor hacia el ordenamiento, exijan la antelación de la norma punitiva al comportamiento penado o, dicho técnicamente, la irretroactividad de las normas penales - entendidas como las normas que penan *ex novo* un comportamiento o que agravan la pena de un comportamiento ya penado - o, si se prefiere matizar así, la irretroactividad de las normas penales desfavorables.

- B) La irretroactividad de las normas penales no es solo un imperativo del valor seguridad, sino que entronca también con la legitimación democrática del Estado a través del valor de la libertad entendida, en sentido genérico, como autonomía personal. Y lo hace de un doble modo: de un lado posibilitando que el individuo ejercite tal autonomía, y, de otro, posibilitando que el Estado proteja los márgenes sociales de libertad a través del Derecho sancionador. Así, si el Estado se propone maximizar y garantizar las libertades y si, para ello, ha de recurrir necesariamente a una ordenación coactiva, deberá anunciar y precisar el contenido de sus amenazas si quiere posibilitar un razonable ejercicio de la libertad de cada ciudadano, que exigirá en lo posible el conocimiento de las consecuencias de sus comportamientos. En efecto: sin información no es posible el ejercicio personal de la autonomía. Como señala John Rawls, “si el principio *nullum crimen sine lege* es violado, digamos por leyes vagas e imprecisas, la libertad con la que contamos es también vaga e imprecisa. Los límites de nuestra libertad devienen inciertos”⁽¹⁾.
- C) Si lo que se quiere con las normas sancionadoras es ordenar la realidad social de cierto modo, para la antelación de la norma a la conducta normada existen, además de la razón de la preservación de la seguridad, otras muy buenas razones derivadas de la propia funcionalidad del mecanismo sancionador y que ya se intuyen desde la propia semántica de los términos utilizados. Solo se pueden normar las conductas posteriores. Si lo que se pretende con la norma penal es, esencialmente, aportar razones disuasorias a todos respecto al emprendimiento de comportamientos gravemente peligrosos o lesivos de los que se consideran como los legítimos bienes e intereses fundamentales, este efecto preventivo de la norma penal solo puede producirse si el anuncio de lo que está prohibido y la amenaza de sanción a quien infrinja la prohibición son anteriores al comportamiento que se quiere evitar. Carece prácticamente de todo sentido preventivo el castigo de una conducta cuya prohibición solo era cognoscible con posterioridad a su realización, pues nada aporta el castigo a la evitación de un comportamiento que no podía ser disuadido por la amenaza del mismo.

(1) “A Theory of Justice”, Cambridge, Massachusetts (The Belnapk Press of Harvard University Press), 1971, p. 239.

- D) Si el principio de culpabilidad, como derivación del valor de la dignidad de la persona, comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva, que solo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso normal de su autonomía personal, resultará que para castigar a alguien será necesaria la cognoscibilidad por su parte de la ilicitud del hecho, lo que devendrá imposible si la prohibición es posterior a la realización del comportamiento.

4. La proclamación legal de la interdicción de la retroactividad penal desfavorable se hace en términos positivos: con la determinación de que la norma aplicable es la vigente al momento de la comisión (A). Junto a esta regla, el enunciado legal prevé el caso de que sea más de una la ley vigente la aplicable al caso, resolviendo esta concurrencia normativa con el criterio de la preponderancia de la ley penal más favorable (B).

- A) La regla de la aplicación de la norma penal vigente en el momento de la comisión del hecho punible requiere la precisión de cuál es el período de vigor de una ley y de cuándo se entiende cometido el hecho punible. Para lo primero la Constitución especifica que “(l)a ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte” (art. 109). La ley perderá su vigor cuando lo prevea la misma, si excepcionalmente lo prevé (leyes temporales); cuando sea derogada por otra posterior, expresa o tácitamente – mediante un contenido incompatible con la anterior -; o cuando sea declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional – art. 204 de la Constitución: desde el día siguiente a la publicación de la sentencia en el diario oficial -.

El momento de comisión del hecho punible viene especificado en el art. 9 del Código Penal: “aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”.

- B) La regla de la favorabilidad como criterio único de resolución de los concursos de normas, inducida por el art 139.11 de la Constitución – “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales” - resulta patentemente inadecuada. Solo encuentra su sentido, y así debe ser interpretada, como regla residual solo aplicable si las normas concurrentes carecen entre sí de relaciones de especialidad – en cuyo caso la norma especial desplaza a la genérica -, subsidiariedad – en cuyo caso la norma principal desplaza a la subsidiaria – o consunción – en cuyo caso la norma consumente desplaza a la norma consumida -. Repárese en lo absurdo que sería hacer prevalecer por

favorabilidad la norma que sanciona el homicidio (art 106) frente a las normas que castigan el parricidio (art. 107) o el asesinato (art. 108).

III. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD PENAL FAVORABLE

5. El mandato de retroactividad penal favorable no es un mandato de seguridad, ni se incluye en el principio de legalidad penal (A), sino que se constituye como una exigencia de justicia derivada del principio de proporcionalidad (B).

- A) La aplicación de una ley posterior favorable – posterior al momento de comisión del delito y más favorable para los intereses de su autor que la ley vigente en dicho momento – no es una opción demandada por el valor de la seguridad jurídica ni por el principio de legalidad que lo encarna. Es más: aunque no en su contenido esencial, la retroactividad favorable afecta, como toda retroactividad, a la seguridad jurídica. Aunque la retroactividad penal favorable no lesione la garantía individual de los ciudadanos de que no van a verse negativamente sorprendidos por una determinada consecuencia jurídica no prevista en el momento de su comportamiento, sí que incide en la previsibilidad general y particular de las consecuencias penales de los actos propios y ajenos. Dicho de otro modo: resulta más acorde con la seguridad, e incluso con un entendimiento amplio del principio de legalidad, una aplicación sin fisuras de la ley penal del momento de comisión, habida cuenta de que todos los aspectos de la norma finalmente aplicable resultan cognoscibles desde el momento en el que se cumple su presupuesto.

Cuestión diferente es la de que el legislador penal contemple la retroactividad favorable, y la de que, por ello, la falta de aplicación por el juez de la norma penal posterior favorable suponga la ignorancia de su mandato expreso – el incluido en los arts. 6 y 7 del Código Penal —. El juez que así actúe estará ignorando un elemento de la norma penal en contra del reo, estará infringiendo el artículo 103 de la Constitución, y estará lesionando el derecho fundamental del condenado a la legalidad penal (art. 24.2.d Constitución).

En efecto, forma parte de la “ley” en el momento de producirse la acción o la omisión (art. 24.2.d Constitución) la norma del Código Penal (arts. 26 y 7) que establece la vigencia temporal de los preceptos penales y que eventualmente remite a una hipotética norma futura que contemple el supuesto de un modo más favorable para el reo – destipificándolo o atenuando la pena que merece —. El juez que antes de finalizar “la ejecución de la sanción” ignore la nueva norma más favorable estará ignorando un elemento legal del que depende la responsabilidad penal o la medida de la responsabilidad penal del condenado: estará sancionando una conducta que, vistas las cosas *ex post*, no constituía

delito o falta en el momento de su realización, o que merecía una sanción más leve según la previsión prospectiva de la ley del momento del acto.

- B) La aplicación de la ley posterior más favorable en ciertos casos es una exigencia del principio de proporcionalidad. Si el principio de legalidad tiende a demandar que para la calificación penal de una conducta se aplique la ley vigente en el momento en el que se realizó la misma, y en todo caso que no se aplique una ley posterior desfavorable para su agente, el principio de proporcionalidad puede exigir en algunos supuestos que la norma que se aplique sea una norma posterior al hecho que califica y, por lo tanto, desconocida para su autor cuando lo generó. Tales supuestos serán aquellos en los que esta norma posterior haya despenalizado la conducta o la someta a una pena más leve. Empeñarse en seguir aplicando la norma vigente en el momento de la conducta equivaldrá a aplicar una norma punitiva en la que el legislador ya no cree, y comportará proceder a una reacción penal desproporcionada desde este nuevo y vigente punto de vista. Piénsese en los dos siguientes ejemplos, tomados por su claridad del Derecho español y de la sucesión de leyes penales que se produjo del paso de un régimen dictatorial a un régimen democrático: carecía de todo sentido seguir aplicando o perseverando en la pena de un delito de adulterio o en la imposición de una pena de muerte tras la reforma del Código Penal que eliminaba aquel delito y esta pena.
- C) En la exposición anterior se ha configurado, como es lo habitual, como regla, la de la aplicación de la norma vigente en el momento del hecho punible, y como excepción a lo anterior, la aplicación de la norma posterior favorable. No sobra señalar que, con el mismo resultado final, algunos autores ven las cosas a la inversa: que la regla ha de ser la de que los jueces apliquen el Derecho que se estima mejor, más justo, que es el vigente en el momento de la aplicación, y que solo por excepción, derivada del principio de legalidad, se ha de aplicar la norma que rige la conducta en el momento en el que se realiza.

6. La retroactividad penal favorable es, pues, una exigencia del principio de proporcionalidad. Debería regir la regla de la aplicación de la ley posterior más favorable siempre que, a la luz de las valoraciones penales que refleja la propia sucesión de leyes, se revele desproporcionada la solución alternativa y solo cuando se revele desproporcionada la solución alternativa, que es la aplicación de la ley penal del momento de comisión.

Debe aclararse al respecto que a la hora de analizar si la conducta en cuestión resulta desproporcionadamente tratada al aplicarle la norma vigente en el momento de su realización, en lugar de otra posterior que resulta materialmente aplicable y que es más favorable, ha de considerarse la conducta con todos sus elementos contextuales

relevantes para la evaluación de su desvalor desde la perspectiva penal. La cuestión no consiste en cotejar, por ejemplo, cómo calificaríamos el hurto de víveres hoy, en tiempo de paz, con la calificación que merecía dicho hecho en tiempo de guerra, bajo la vigencia de una ley que adaptaba sus previsiones penales a las específicas necesidades sociales que comportaba dicho período. En realidad, si así procediéramos, estaríamos comparando dos conductas distintas en cuanto a sus aspectos penalmente relevantes, y no la calificación que hacen dos leyes a una misma conducta. En realidad, si prefiere verse así, la sucesión de leyes en tal supuesto se debería a una omisión previa del legislador, que se olvidó de contemplar una conducta posible relevante penalmente o que, por razones de economía legislativa, decidió no tipificarla hasta que se produjera el contexto que la caracteriza.

De lo que se trata, en el plano regulativo de la retroactividad en el que nos ubicamos, es de restringir la retroactividad favorable a aquellos supuestos en los que la sucesión de leyes muestra una distinta valoración de la misma conducta: de la conducta analizada en el contexto penalmente relevante, con los datos relevantes para la evaluación de su lesividad para el bien jurídico protegido. El juicio correspondiente para la aplicación retroactiva de la norma parte del cotejo del modo en el que castigaríamos la conducta ayer, cuando se produjo, y el modo en el que castigaríamos hoy tal conducta en su contexto relevante, con nuestra actual valoración de las cosas – de lo que son bienes, de su trascendencia como bienes, del papel del Derecho Penal en el seno del ordenamiento jurídico y de la organización social –. La conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y los conocimientos que la sustentan son de hoy. No se trata así, como resulta obvio de preguntarnos como hubiéramos evaluado un vertido industrial en el momento en el que se produjo, en el que creíamos aún que era nocivo para el medio ambiente un agente que era inocuo, según se demostró con posterioridad. Esa perspectiva rompería nuestros presupuestos y cualquier análisis racional de proporcionalidad sobre la base de la sucesión normativa, que consiste precisamente en comparar nuestra visión de ayer, plasmada con la norma de ayer, con nuestra visión de hoy, quizás distinta como quizás lo demuestre la existencia de una nueva norma material aplicable al caso.

El punto de partida de la aplicación retroactiva es el de la nueva visión penal del problema contenida en una nueva norma. Podrá suceder que un mismo problema parezca regulado de modo distinto y favorable – la falsificación de moneda que luego pierde curso legal – por el legislador y que una visión más profunda de las cosas nos haga concluir que no se da tal cambio de baremo valorativo y que, en realidad, penalmente hablando, no hay cambio penal: no hay sucesión de leyes. Para que se dé una sucesión de leyes penales que revele una distinta concepción de lo penalmente injusto no es suficiente con que se altere, siquiera en una medida nimia, el escenario jurídico que afecta a cualesquiera elementos que se conciten en el comportamiento

penal. Del mismo modo que no cambia el marco jurídico-penal relevante el hecho de que el asesinato hubiera pasado a ser hoy, en el momento del juicio, un ciudadano extranjero, tampoco lo altera en absoluto desde la perspectiva del delito de simulación de delito el hecho de que el delito simulado pase a ser antes del juicio un comportamiento jurídico.

Así, simplificando las cosas, podríamos decir que siempre que hay una sucesión de leyes favorable que subsuma una misma conducta debe aplicarse retroactivamente la segunda por exigencias del principio de proporcionalidad. Esta regla no tiene excepciones que no respondan a meras apariencias. Así, por ejemplo, como se ha señalado, en el caso de las leyes temporales la aplicación de la primera, temporal y más dura ley responde en realidad a que no estamos ante la misma conducta contemplada por la segunda y más benévola ley. Así, en supuestos como el indicado de la falsificación de moneda que pierde curso legal o del delito simulado que luego deja de serlo, lo que sucede es que no hay una sucesión de leyes penales que nos interrogue acerca de un cambio valorativo penalmente relevante. En estos casos no solo carece de sentido la retroactividad, sino que puede acarrear graves efectos de desprotección social: de desprotección de la libertad.

La clave de la legitimidad de la aplicación retroactiva radica, pues, en que el cambio normativo, de la norma penal o de la normativa a la que la norma penal se remite, muestra un cambio valorativo relevante en la perspectiva penal de un mismo tipo de conducta. Lo trascendente es, en expresión de E. Mezger, que se ha producido “una atenuación del estado jurídico”⁽²⁾. Dicho con menor abstracción: con nuestros conocimientos y con nuestros criterios valorativos de hoy respecto a la punibilidad del concreto hecho en su contexto y a la medida de la punibilidad carece de sentido aplicar la norma del momento de la comisión, porque es, en sí o en su dureza, desproporcionada o innecesaria con las pautas valorativas con las que contamos en el momento del juicio, lo que hace que tengamos que aplicar la nueva norma, a la vez más favorable para el reo y satisfactoria para solventar el conflicto suscitado. Dicho aún de un modo más simple, siguiendo a Jakobs⁽³⁾: de lo que se trata es de comprobar, con nuestra concepción actual de lo que es penalmente injusto, la presencia y la cuantía de injusto en el momento del hecho.

7. Lo que el principio de proporcionalidad demanda es que la ley favorable posterior favorable a la comisión del hecho se aplique siempre. Esto comportará que deberá aplicarse si la nueva ley entra en vigor después de la conducta y antes de su enjuiciamiento; que deberá revisarse la condena tras su imposición y durante su eje-

(2) “Tratado de Derecho Penal”, I, Madrid (Edersa), 1955, p. 118.

(3) “Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”, Madrid (Marcial Pons), 1995, pp. 121 y s., ap. 4, n. m. 72.

cución; y que incluso deberá revisarse tras su ejecución si tal revisión comporta aún algún beneficio para el que fue condenado, como son los referidos a la cancelación del antecedente – si es que hubiera plazos para la misma tras el cumplimiento de la condena - o a su posible supresión a efectos de habitualidad o de reincidencia.

Desde el punto de vista anterior la formulación del Código Penal es en parte defectuosa. En primer lugar, porque parece referirse a la retroactividad solo en los casos en los que ya ha habido condena: el art. 6 en su apartado segundo se refiere a que la nueva ley entre en vigor “durante la ejecución de la sanción” y el art. 7 habla de “la pena impuesta”. Tal restricción no solo carece de lógica, sino también de sentido de la economía procesal – si la nueva ley aparece antes del juicio el mismo debería aplicar la ley anterior desfavorable para después procederse a la revisión y aplicar la nueva favorable -, por lo que un recto entendimiento de la norma parece conducir por vía interpretativa a suprimir dicha restricción. La segunda pega a la redacción analizada se refiere a que solo el art. 7., el atinente a la despenalización, se refiere a la extinción de los efectos de la pena; por el contrario, la retroactividad de la norma menos punitiva parece restringir su ámbito a los supuestos en los que la misma entre en vigor durante la ejecución, pero no posteriormente, con lo que, en principio, no cabría la posibilidad de que el que ya cumplió su pena pudiera invocar la nueva norma para beneficiarse de efectos de la misma que aún puedan corresponderle.

8. Determinar cuándo una ley es más favorable para el imputado o condenado no siempre es fácil. Sí lo es, evidentemente, cuando la ley posterior despenaliza la conducta o cuando se trata de penas homogéneas, pero no cuando la sanción es heterogénea. ¿Es siempre menos favorable una pena de prisión por el hecho de serlo, a pesar de que sea suspendible o convertible, que una pena restrictiva de libertad o privativa de derechos? ¿Es más favorable siempre la multa que la pena privativa de derechos?

La determinación de la favorabilidad la realiza el juez, aunque en los casos discutibles debería escuchar al respecto al implicado. Un tercer criterio de determinación es el que pasa por la posibilidad de combinar aspectos favorables de las leyes comparadas, que es el contenido del principio de combinación, tan enunciado en la exposición de motivos de la ley y en el título del artículo 6, como en absoluto desarrollado en su contenido. Esta combinación de aspectos⁽⁴⁾ puede alcanzar por ejemplo a la selección de una norma punitiva de una ley y de normas de conversión o sustitución de otra ley. Límite a la combinación, en cuanto generación de una *lex tertia*, sería la escisión de elementos típicos o de elementos de la pena. En un tipo con pena acumulativa de prisión y multa, por ejemplo, no puede elegirse la prisión más leve de una y la multa más baja de la otra.

(4) Así, Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema 2-2006.

9. En materia de retroactividad favorable de leyes penales despiertan algunos interrogantes las leyes penales temporales (A), las leyes penales intermedias (B) y las leyes que complementan una ley penal en blanco (C). Como criterio de partida para la resolución de tales dudas debe recordarse que el postulado de retroactividad penal favorable responde a razones de proporcionalidad: a que la nueva norma muestra que el propio legislador considera ya innecesaria o excesiva la aplicación de la norma anterior, aunque estuviera vigente en el momento de los hechos enjuiciados. Esta es la razón y también el límite del principio. Habrá que aplicar retroactivamente la nueva norma cuando la solución alternativa, la aplicación de la anterior, se revele como una solución desproporcionada. No hay sin embargo razón para la excepción de retroactividad y sí riesgo de una solución inadecuada y divergente de las valoraciones materiales del legislador cuando la aplicación de la norma anterior – vigente en el momento de la comisión delictiva – no revele atisbo alguno de desproporción.

- A) Ejemplos tradicionales de este último supuesto son los de las leyes dictadas para la aplicación a comportamientos realizados en ciertas circunstancias fácticas que inciden en el juicio concreto de su desvalor. Si durante un estado de sitio ocasionado por una declaración de guerra se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado – era la pena mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias —, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas más leves es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales. Este es el punto de partida que inspira el artículo 8 del Código Penal.

La solución adecuada a la cuestión de la norma aplicable al hecho cometido bajo la vigencia de una ley temporal es diferente si dicha ley temporal es sustituida por otra ley temporal que ante las mismas circunstancias corrige la valoración anterior y asigna una pena más leve. En este caso, el empeñarse en la aplicación de la ley primera menos favorable constituirá un evidente ejercicio de desproporción, pues se estará castigando más de lo que en el momento del juicio se considera necesario y adecuado para el hecho en su contexto.

- B) Puede darse el caso de que en el marco temporal relevante (entre la comisión del delito y la finalización de la ejecución de la condena asignada al autor del

mismo) se sucedan tres leyes penales y que la más benigna para el imputado o condenado sea la intermedia. Piénsese en el caso hipotético de que la norma penal vigente en el momento de los hechos (posesión de droga para el consumo propio) penara duramente la posesión de drogas, que una ley posterior castigara dicha posesión solo cuándo la misma fuera dirigida al tráfico – luego no cuando fuera dirigida al autoconsumo -, y que una tercera ley volviera a castigar toda posesión, pero con una pena más leve que la primera ley.

Si la tercera ley está vigente ya en el momento del juicio, el juez puede tener la tentación de aplicar ésta, pues es posterior a la ley vigente en el momento de los hechos y más favorable para el acusado, y no la intermedia aún más favorable, pues al fin y al cabo ésta corresponde a una concepción social ya superada y no vendría por ello exigida por el principio de proporcionalidad. El juez debería, sin embargo, resistirse a la tentación y considerar las importantes razones de justicia, de igualdad y de seguridad jurídica que avalan la solución de la ley intermedia más favorable. La tentadora alternativa haría cargar al acusado con el retraso en la administración de justicia, pues con un juicio anterior, vigente la norma penal intermedia, hubiera resultado absuelto, en decisión no revisable por la posterior entrada en vigor de una nueva ley. Repárese además en la insoportable desigualdad que supondría el que dos coautores fueran juzgados en momentos diversos y que solo el juzgado posteriormente, con la vigencia de la tercera ley, fuera condenado.

- C) La sucesión de normas puede provenir de un cambio, no de los elementos que expresa el tipo - no del enunciado legal penal - sino de elementos del tipo que se encuentran en otras normas por remisión del mismo – de enunciados legales no penales que complementan el enunciado legal penal -. Se trata en estos casos, siguiendo la equívoca terminología habitual, de sucesiones de normas penales en blanco en virtud de transformaciones, no de la ley misma, sino de las normas que completan el blanco de la ley. Este tipo de sucesiones normativas se atiende a las reglas generales de irretroactividad favorable y retroactividad favorable, por lo que ha de negarse esta última si en puridad no ha cambiado la norma penal o si la conducta no era en rigor la misma.

Esto último es muy importante en materia de leyes penales remisivas, porque precisamente se utiliza a menudo esta técnica como técnica de encadenamiento temporal de normas penales para adaptarlas a un contexto fáctico continuamente cambiante. Consiste, como se ve, en mantener los elementos estables dentro de la ley penal y en anudarles los elementos variables a través de una remisión también estable de la propia ley penal a leyes extrapenales expresa o tácitamente temporales en su sentido más elemental de marcadas con un plazo de caducidad más o menos amplio o más o menos concreto. Dicho de otro

modo: las leyes penales finalmente resultantes son leyes penales temporales, por de pronto, porque parte de sus elementos son leyes no penales temporales; además, en un sentido amplio y material, porque dichas leyes no suponen un cambio en la concepción de lo que es penalmente injusto y, aun inadecuadas para regular los supuestos posteriores a su vigencia, siguen siendo la solución adecuada para los supuestos que bajo ella acaecieron. Así, por ejemplo, en el delito contra el medio ambiente, la exigencia de infracción de la normativa extrapenal y la correspondiente variación de ésta pueden hacer penalmente relevante o no una determinada emanación en función de la mayor o menor fortaleza o integridad del entorno típicamente amenazado por ésta. Así, la gran mayoría de las alteraciones de la normativa tributaria posteriores a una acción u omisión defraudatoria son irrelevantes para el juicio penal, pues no alteran la evaluación del injusto del hecho ni convierten en desproporcionada la pena vigente en el momento de la comisión. La razón de ello estriba en la temporalidad de la norma penal por influjo de sus elementos remisivos: en que el injusto típico reside en la desatención a un cierto modo de contribución a los gastos generales coyunturalmente determinado.

Puede así señalarse en general que cuando la intervención penal incide en un ámbito en el que la frontera del riesgo permitido es cambiante, el legislador, huyendo a la vez de la imprecisión y de la petrificación, opta por remitirse a leyes temporales, como lo son frecuentemente las de Derecho Administrativo, y temporalizar a su vez la regulación penal. Existe, pues, como se ha señalado, una estrecha relación entre ley penal temporal y ley penal expresamente remisiva. Sin embargo, el que las normas penales con remisiones expresas a normas extrapenales puedan servir para concatenar leyes temporales, de modo que para la sanción de los comportamientos típicos rija la ley del momento de la comisión, y que sea habitual que en algunos ámbitos lo hagan, no comporta el que dicha técnica se asocie a dicho objetivo ni que, por lo tanto, quede excluida la retroactividad favorable de la norma penal nueva por variación de la norma destino de la remisión. Al igual que sucede con las normas penales sin tal tipo de remisiones, se ha de averiguar en el plano material si la sucesión se debe a un cambio de valoración penal del hecho en su contexto, y en el plano formal si estamos ante auténticas normas temporales. Es también posible que la sucesión de normas por la sucesión de sus complementos normativos se deba a cambios valorativos que matizan la valoración penal y que tienen vocación de estabilidad. Piénsese, por seguir con el ejemplo ya utilizado de los delitos contra el medio ambiente, en cambios de la normativa extrapenal en sentido más permisivo para los vertidos industriales que se deban a una distinta valoración entre las necesidades productivas y las necesidades de protección del entorno. Aquí debería negarse, pues, la temporalidad “penal” y debería afirmarse correlativamente la retroactividad de la norma complementada posterior más favorable.

IV. ¿LEYES DE PRESCRIPCIÓN Y LEYES QUE IMPONEN MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO LEYES PENALES?

10. Los artículos comentados establecen reglas de aplicabilidad para la concurrencia o la sucesión de leyes penales. En relación con ello se han suscitado dos tipos de interrogantes: si, más allá de los enunciados que describen delitos e imponen penas, son también penales los que se refieren a la aplicación temporal y especial de aquéllos; y si lo son los enunciados que se refieren a la prescripción de los delitos y de las penas, y los que imponen medidas de seguridad.

Si, de una parte, parece que las normas espaciotemporales han de cobijarse bajo el manto de las garantías penales estrictas de irretroactividad desfavorable y retroactividad favorable, por otro, el debate en torno a los enunciados sobre prescripción se ha vinculado normalmente, aunque no siempre, a la discutida cuestión de su naturaleza procesal o penal. Si se tratara de una institución penal no podría aplicarse al imputado un plazo de prescripción más amplio posterior a la comisión del delito – por ejemplo: el delito prescriptible a los cinco años pasa a serlo a los diez cuatro años después de su comisión -; y debería aplicarse en cambio el nuevo plazo más breve – por ejemplo: el delito prescriptible a los cinco años pasa a serlo a los tres cuatro años después de su comisión -. Si se tratara de una institución procesal la regla sería la de la ley vigente en el momento en que ha de tomarse la decisión de prescripción, lo que, por cierto, acarrea una solución igual a la anterior – naturaleza penal – en caso de sucesión favorable.

Frente al criterio clásico de Beling, restrictivo en exceso, relativo a que solo pertenecerían al Derecho Penal material las circunstancias que tuvieran relación con el merecimiento de pena⁽⁵⁾, lo que en términos de la teoría del delito equivaldría a detenerse en los requisitos de la culpabilidad, y frente a la fórmula hipotética de Hilde Kaufmann, que peca en cambio por exceso, relativa a si sería posible sin proceso la imposición de la pena sin la circunstancia debatida⁽⁶⁾, tiende a imponerse una fórmula intermedia, relativa a la conexión o no de la circunstancia debatida con el hecho. Para Schmidhäuser pertenece al Derecho material la circunstancia “cuya ausencia ya en conexión inmediata con el hecho tenga como consecuencia definitiva la impunidad del autor; la conexión inmediata con el hecho se dará cuando la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación del hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiriera a ella”⁽⁷⁾. Roxin se adhiere a esta fórmula y la aclara conectándola con la seguridad

(5) “Deutsches Reichsstrafprozeßrecht”, 1928, p. 6.

(6) “Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, Gotinga, 1968, p. 134.

(7) “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 71, 1959, p. 558.

jurídica, con la prohibición de retroactividad: “las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho y de las que depende la punibilidad, han de caer bajo la protección del art. 103 II de la Ley Fundamental porque el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurran o no concurran esas circunstancias”. No es lo que sucede con la prescripción porque “nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a producir una querrela o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada puede decirse en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse”⁽⁸⁾. No estoy seguro de que esto sea así respecto a la prescripción, una institución que se regula en el Código Penal y que constituye una especie de plazo de caducidad del concreto delito con el que imputado puede contar como parte de su derecho a la seguridad jurídica en el ámbito sancionador.

11. Un debate clásico en torno a los principios que gobiernan las medidas de seguridad es el que se refiere a la legitimidad de su retroactividad desfavorable: a si puede imponerse a un sujeto una medida posterior más gravosa que la prevista en el momento de la comisión de la conducta antijurídica que revelaba su peligrosidad, y a si puede imponerse una medida de seguridad a partir de la comisión de un hecho delictivo que no lo era en el momento de tal comisión.

En el ámbito de las penas están claras dos cosas: que el trueque a peor de las consecuencias jurídicas del comportamiento afecta a la seguridad jurídica, en primer lugar, y qué significa “peor” en este contexto: alguna pena en lugar de ninguna, la misma pena pero de mayor duración, o una pena distinta más aflictiva (aquí con cierto margen a la duda). Estos dos tipos de análisis, e incluso el de la existencia misma de retroactividad⁽⁹⁾, son más complejos en relación con las medidas, aunque al final deparan, a mi juicio, el mismo resultado de interdicción de la retroactividad de las medidas desfavorables.

Esto es así, en primer lugar, porque la imposición de medidas no previstas o más restrictivas que las previstas en el momento del comportamiento que las da lugar daña la seguridad del sujeto al que se le imponen tales medidas. La seguridad jurídica no es otra cosa que el conocimiento actual de las consecuencias jurídicas negativas de nuestros comportamientos. Dicha seguridad como valor social es independiente de la concreta perceptibilidad de la misma por parte del sujeto afectado, de modo que también se daña dicha seguridad – como, por ejemplo, se puede dañar el honor de un niño o de quien se encuentra en estado de coma irreversible - cuando se altera *in*

(8) “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Beck, Múnich, 2006 (4ª ed.), § 23, n. m. 52.

(9) Que se niega respecto a las medidas si pervive el estado de peligrosidad a la transición de normas. V. Rodríguez Mourullo, “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en AA. VV., “Peligrosidad social y medidas de seguridad”, Valencia (Universidad), 1974, pp. 362 y 363.

peius la expectativa jurídica de quien no era consciente de la misma por las condiciones psíquicas que generan su inimputabilidad penal. Una percepción puramente subjetiva de la seguridad supondría un trato jurídico peor a quien por su falta de autonomía necesita precisamente uno mejor.

Pero es que además, en segundo lugar, esa perceptibilidad de las consecuencias de los comportamientos propios existirá, siquiera de un modo menos intenso, en la mayor parte de los sujetos a los que van destinadas las medidas. Como revela con especial claridad el caso de los menores, el concepto penal de imputabilidad es un concepto gradual, de modo que la inimputabilidad no equivale a la falta total de imputabilidad, sino a una imputabilidad insuficiente para la asignación justa y eficaz de responsabilidad penal.

Los argumentos anteriores indican, creo, que la retroactividad desfavorable de las medidas de seguridad daña la seguridad jurídica de un modo intolerable. Algún matiz requiere la aplicación del adjetivo “desfavorable” a las medidas de seguridad. Mientras que está casi siempre claro cuándo una norma penal es desfavorable, no lo está tanto cuando de medidas de seguridad se trata: si bien son siempre coactivas y restringen frecuentemente los derechos del ciudadano al que se le aplican, deben intentar siempre evitar tal restricción y deben apuntar siempre a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Es esta la ponderación que debe hacerse cuando la aplicación de una nueva medida esté en discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, “Análisis lógico y Derecho”, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1991.
- BLANCO LOZANO, CARLOS, “La aplicación temporal de las normas penales”, *Cuadernos de Política Criminal*, 71 (2000), pp. 279 a 294.
- CASABÓ RUIZ, JOSÉ RAMÓN, comentario al artículo 24, en AA. VV., “Comentarios al Código Penal”, II, Barcelona – Caracas – México (Ariel), 1976, pp. 44 a 58.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO, “La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”, en AA. VV. (dir. por Balado y García Regueiro), “La Declaración Universal de los Derechos Humanos de su 50 aniversario”, Barcelona (Bosch), 1998, pp. 274 a 290.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO, “Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en derecho penal: consecuencias para la retroactividad favorable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2012, pp. 87 a 97.

- DÍAZ AZNARTE, MARÍA TERESA, “Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo: (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.
- ESER, ALBIN, comentarios a los §§ 1 y 2, en Schönke - Schröder, “Strafgesetzbuch. Kommentar”, Múnich (Beck), 2014 (29ª).
- FRÍGOLS I BRINES, ELISEU, “El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado”, San José (Ed. Jurídica Continental), 2002.
- FRÍGOLS I BRINES, ELISEU, “Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”, Barcelona (J. M. Bosch), 2004.
- GONZÁLEZ TAPIA, MARÍA ISABEL; “Determinación del tiempo de comisión del delito”, Granada (Comares), 2002.
- GRÜNWARD, GERALD, “Bedeutung und Begründung des Satzes *nulla poena sine lege*”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 76 (1964), pp. 1 a 18.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81 a 113.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en AA. VV. “El principio de legalidad”, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2000, pp. 11 a 76.
- IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal: a propósito de las últimas reformas del Código Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 6, 2005, pp. 13-56.
- KREY, VOLKER, “Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes *nullum crimen, nulla poena sine lege*”, Berlín (Walter de Gruyter), 1983.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 159 a 189.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Sobre la retroactividad penal favorable”, Madrid (Civitas), 2000.
- MADRID CONESA, FULGENCIO, “La legalidad del delito”, Valencia (Universidad), 1983.
- MIR PUIG, SANTIAGO, “¿No siempre es aplicable la ley más favorable?”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000, pp. 155 a 167.

- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, “La seguridad jurídica”, Barcelona (Ariel), 1994 (2ª ed.).
- RADBRUCH, GUSTAV, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, México (Fondo de Cultura Económica), 1951.
- RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, “El principio de irretroactividad en la doctrina y en la jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, núm. esp. VI, 1989, pp. 95 a 107.
- SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO, “La aplicación retroactiva de la ley penal. La revisión de las sentencias ya dictadas”, en AA. VV., “Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general”, Madrid (CGPJ), 1996, pp. 75 a 120.
- SCHÜNEMANN, BERND, “Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht”, Berlín (Walter de Gruyter), 1978.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO, “Reatroactividad, ultra-actividad y extractividad de las normas penales”, en *La Ley*, núm. 4.530 (29.4.98), pp. 1 a 6.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes penales en blanco”, en AA.VV., “Hacia un Derecho Penal económico europeo”, Madrid (B.O.E.), 1995, pp. 697 a 722.
- TIEDEMANN, KLAUS, “Zeitliche Grenzen des Strafrechts”, en AA. VV. (coord. por J. Baumann y K. Tiedemann), “Einheit und Vielhaft des Strafrechts”. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag”, Tubinga (J. C. B. Mohr – Paul Siebeck -), 1974, pp. 193 a 208.
- VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, “La irretroactividad: problemática general”, Madrid (Dykinson), 2006.
- VIDALES RODRÍGUEZ, CATALINA, “La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001.